

## Note

---

« Tolérance et règle de droit »

Jacques Mourgeon

*Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 979-986.

Pour citer cette note, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042989ar>

DOI: 10.7202/042989ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

## Tolérance et règle de droit

Jacques MOURGEON \*

*La tolérance et la règle de droit constituent deux réalités de notre société. Leur incidence réciproque fait cependant qu'il semble impossible, à prime abord, de concevoir quelque forme de tolérance en présence de la règle de droit. Cette courte réflexion, ponctuée d'exemples très actuels, amène à comprendre comment les deux co-existent.*

*Tolerance and the Rule of Law are two phenomena which go into the make-up of society. Their respective nature is such that we feel it impossible at first sight to envisage any form of tolerance in the presence of the Rule of Law. The succinct considerations along with current examples serve to shed light on how these entities co-exist.*

|                                                       | Pages |
|-------------------------------------------------------|-------|
| 1. La tolérance par la non-édiction de la règle ..... | 982   |
| 1.1. La femme porteuse d'embryon .....                | 982   |
| 1.2. Les courants religieux minoritaires .....        | 983   |
| 1.3. Les objecteurs de conscience .....               | 983   |

\* Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse. Il s'agit du résumé d'une communication présentée au colloque *Liberté de conscience, conscience des libertés* tenu à Toulouse en novembre 1987 à l'occasion du bicentenaire de l'Édit de tolérance. Ce texte, actualisé au 1<sup>er</sup> juillet 1988, est déjà paru dans les *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*. Il est reproduit ici dans les *Cahiers de Droit* en vertu d'une entente suivant laquelle les deux revues peuvent à leur choix publier chaque année un des textes parus durant l'année dans l'autre revue.

|                                                          | Pages |
|----------------------------------------------------------|-------|
| 2. La tolérance par la non-application de la règle ..... | 984   |
| 2.1. Les bonnes mœurs .....                              | 985   |
| 2.2. Tolérants et intolérants .....                      | 985   |

---

*« Faites accueil à celui qui est faible dans la foi,  
et ne discutez pas les opinions... Accueillez-  
vous donc les uns les autres, comme Christ vous  
a accueillis pour la gloire de Dieu »*

ROMAINS, 14-1 et 15-7.

Il faut poser d'emblée que la tolérance est un assouplissement, ce qui ne la définit pas, mais la caractérise : assouplissement d'une attitude pré-déterminée, d'un refus postulé, d'un principe moral pré-établi... La tolérance est donc une entorse, une dérogation plus ou moins souvent réitérée ; bref, elle est une *variable*.

Ce n'est sans doute pas ici et maintenant qu'il faut en rechercher les motifs, se demander si elle relève d'« un mélange fort tiède de dégoût, de mépris et de pitié » (Patrick Süskind, *Le Pigeon*) ; ou bien si elle dérive parfois de la bienveillance, de la charité, d'un altruisme profond, voire d'une philosophie du pluralisme et de l'acceptation de la diversité, philosophie à laquelle le personnalisme chrétien conduit ; ou encore si elle est acceptation plus ou moins sincère et spontanée, à moins qu'elle soit résignation, plus ou moins contrite, de la différence.

Mais ce que l'on soutiendra et tentera d'illustrer à présent, c'est que, précisément parce qu'elle est un assouplissement, une variable, elle est incompatible avec la règle de Droit, et cela pour au moins deux raisons tenant aux caractéristiques mêmes de la règle : d'abord sa rigidité et donc son inadaptation ; ensuite son absolutisme, donc son irréalisme.

En premier lieu, la Règle est rigide par nature. Elle est ou n'est pas du tout. Certes, elle peut connaître la diversification par la multiplicité des applications qu'elle prévoit et des exceptions qu'elle comporte. Mais ce ne la rend pas pour autant (intrinsèquement) élastique ou ondoyante, aléatoire ou versatile. Certes encore, nous savons grâce au doyen Carbonnier qu'il existe un « Flexible Droit », selon le titre de l'un de ses ouvrages les plus connus. Mais cette flexibilité ne serait-elle pas l'inflexion d'une rigidité vers une autre, plutôt que l'assouplissement ? Voudra-t-on objecter que l'interprétation de la

Règle (par le juge, en premier) assouplit celle-ci en étendant et affinant son champ d'application ? On rétorquera que la fonction interprétative de la Règle n'existerait quasiment pas s'il n'y avait pas l'obligation d'utiliser une règle s'imposant dans tous ses éléments et d'une substance que l'interprétation n'altère pas.

Par suite et à la limite, aucune conciliation n'est possible de la tolérance avec la Règle. Plus concrètement, on ne conçoit pas une règle énonçant : « Il est toléré de... » (elle porte : « Il est permis, possible de... »), ou bien : « Il n'est pas toléré de... » (mais « Il est interdit de... »). La tolérance s'avère ainsi comme a-juridique, prenant place à côté et en dehors du Droit, mais ne pouvant en faire l'objet. Bref, la tolérance ne s'édicte pas. Et l'Édit (règle législative) de Tolérance n'infirme pas ce constat, puisque, ainsi qu'y ont insisté les professeurs Robert et Poumarède, il n'est pas de tolérance !...

En second lieu, l'opposition entre tolérance et règle de Droit est d'ordre sociologique, la Règle étant par nature peu adaptée au réel immédiat, tandis que la tolérance permet de l'épouser presque.

On sait que le Droit suit le fait, quitte, s'il n'y parvient pas, à décider la suppression du fait. Il semble superflu d'insister sur le décalage entre la Règle et les Mœurs, sur la tardiveté de la première par rapport aux secondes et sur son dépassement par celles-ci même lorsque la Règle a été voulue (cela advient !) anticipatrice, futuriste en quelque sorte. À l'inverse, la tolérance est aisément concomitante des faits, puisqu'elle se traduit par des opinions ou attitudes relatives à une phase précise et généralement assez brève de leur évolution : par hypothèse, il y a une actualité de la tolérance qui n'est que rarement et jamais pour longtemps le mérite de la Règle.

Par suite, parce qu'il ne peut suivre les fluctuations du fait, le Droit se présente comme stable et durable, ce qui en explique la rigidité déjà signalée. Il se veut tel, et précisément pour éviter à une société de devenir trop chaotique, erratique à force d'être errante. Et le Droit en tire inévitablement un caractère conservateur, encore que de façon moins accentuée ou voulue que d'aucuns se plaisent à le prétendre. Ceci apparaît jusque dans des domaines dits techniques, où il n'y a guère de place pour des comportements et moins encore pour des états d'âme, dans lesquels la Règle est malaisément adéquate, sauf à être constamment modifiée, ou à s'épuiser dans le détail pour être finalement et dans tous les cas inutilisable. À cet égard et par exemple, le régime juridique de la « communication audio-visuelle » contemporaine est très révélateur. Or, et de nouveau à l'inverse, parce qu'elle est changeante et variable, la tolérance est souple, donc adaptable, donc presque constamment adaptée, à côté d'une Règle le plus souvent en hiatus, en porte-à-faux, en régression même.

Si tolérance et Règle sont ainsi antinomiques, comment peuvent-elles se côtoyer sans se nuire ? Puisque la Règle ne peut prendre le visage de la tolérance, il ne peut y avoir place pour celle-ci que par une certaine utilisation de la Règle, qui soit une utilisation tolérante ou non-tolérante. Il n'y a pas d'autre solution.

Mais celle-ci n'est possible qu'à deux moments du problème posé par les rapports entre la tolérance et la Règle : soit en éludant le problème, par la non-édiction de la Règle, soit en l'évacuant, par la non-application de la Règle.

### **1. La tolérance par la non-édiction de la règle**

Le fait ou le phénomène social s'avère-t-il flou, instable, possiblement fugitif ou relevant davantage de la mode que des mœurs ? L'autorité normative hésite alors à l'enfermer dans la Règle pour en gonfler l'importance ou pour s'encombrer de prescriptions juridiques dépassées et désuètes dans un proche avenir.

Ou bien le fait est socialement inquiétant ; mais soit pas assez pour justifier d'être empêché, soit trop pour être reconnu et protégé par la Règle.

Dans tous les cas, on évite d'édicter celle-ci, ou, au mieux, ne l'édicte-t-on que très partiellement. Les exemples en sont multiples. L'on ne retiendra que ceux d'une relative actualité.

#### **1.1. La femme porteuse d'embryon**

Touchant au problème de l'éthique de la procréation est celui de la femme porteuse d'embryon. Le droit français n'interdit pas cette pratique (difficilement connaissable), ce qui est une façon de la tolérer. Mais il tend à la décourager.

Rappelant implicitement le principe de l'indisponibilité du corps, l'art. 1128 C. civ. énonce : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet de conventions ». Est donc nulle une convention prévoyant la rémunération de la femme porteuse et l'obligation corrélative, pour elle, de remettre l'enfant au couple demandeur. Par suite, en cas de refus de la porteuse ce dernier n'est pas fondé à réclamer la restitution de l'acompte versé. De même, sont illicites et peuvent donc être dissoutes (par le tribunal de grande instance du lieu de leur siège social) les associations ayant pour objet, même de fait, d'encourager ou de soutenir cette pratique. Ou bien encore, la porteuse, qu'elle soit totalement mère par insémination artificielle, ou partiellement en cas de transplantation d'ovule, pourrait s'exposer à des sanctions pénales pour abandon d'enfant (art. 353-1 C. pénal).

Il y a bien là tolérance, ce « mélange de dégoût, de mépris et de pitié », conduisant à ne point admettre, sans empêcher, une situation aussi difficilement acceptable que rejetable<sup>1</sup>.

## 1.2. Les courants religieux minoritaires

Dans un domaine plus proche encore de nos préoccupations, le cas des courants religieux minoritaires (couramment et improprement qualifiés de sectes) est très significatif du silence de la Règle face à un phénomène aussi insaisissable qu'inévitable. Le droit français reconnaît et protège les cultes dominants lors de l'adoption de la *Loi du 9 déc. 1905 concernant la séparation des églises et de l'État* !... La même tendance se retrouve dans la législation récente relative à la « liberté de communication » et n'organisant un droit d'accès aux ondes de la radio et de la télévision publiques qu'à l'avantage des « principaux cultes pratiqués en France »<sup>2</sup>, également privilégiés, en pratique, lors de l'octroi d'autorisation à des radios locales privées.

Il en résulte que, si la liberté de conscience et de conviction religieuse est un principe constitutionnel que l'on peut tirer de la Déclaration des droits de 1789 (art. 10) et que le Conseil constitutionnel a explicitement affirmé en novembre 1977, son exercice relève du droit commun de la réunion<sup>3</sup> ou de l'association<sup>4</sup>, et non pas du « culte » juridiquement reconnu et protégé dès lors que la conviction n'est partagée que par un groupuscule ou presque. Faut-il s'étonner de cette sorte de répugnance à l'encontre du pluralisme cultuel dans une France qui ne se défit que tardivement de la suprématie d'un catholicisme en fait religion d'État<sup>5</sup> ?

## 1.3. Les objecteurs de conscience

Si ces deux exemples illustrent la tolérance par un silence juridique préférable à une condamnation, c'est la démarche inverse, consistant à passer de celle-ci à la tolérance que révèle le statut des objecteurs de conscience,

1. Confirmant un jugement (T.A. Strasbourg, 17 juin 1986, Association « Les cigognes », R.D.P. 1986, p. 1708, concl. Kintz, note Robert), le Conseil d'État a rendu un arrêt très défavorable aux associations de soutien aux femmes porteuses (C.E., Ass., 22 janv. 1988, Association « Les cigognes », R.F.D.A. 1988, p. 95, concl. Stirn ; A.J.D.A. 1988, p. 163, obs. Azibert et de Boisdeffre) tandis que des associations de ce genre étaient dissoutes par les tribunaux de grande instance de Marseille (16 déc. 1987) et de Créteil (mars 1988).

2. *L. n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, art. 56.

3. C.E., 14 mai 1982, Association internationale pour la conscience de Krishna, Rec. p. 179.

4. C.E., Ass., 1<sup>er</sup> février 1985, Association chrétienne « Les témoins de Jéhovah en France », R.D.P. 1985, p. 483, concl. Delon, note Robert ; R.F.D.A. 1985, p. 566, note Soler-Couteaux ; A.J.D.A. 1985, p. 232, obs. Richer.

5. Cf. J.-B. D'ONORIO, « Les sectes en droit public français », J.C.P. 1988. I. 3336.

auquel les protestants ne peuvent être indifférents puisqu'ils ont souvent lutté pour lui.

Pendant fort longtemps considéré comme un délinquant, l'objecteur de conscience s'est vu quelque peu accepté (sans être nommé) grâce à une Loi du 21 décembre 1963 contrebalançant cette sorte de faveur par des conditions ou contreparties strictes, voire draconiennes faisant fi de l'adage selon lequel donner et retenir ne vaut. Beaucoup plus favorable, la Loi actuelle (8 juil. 1983) ne reconnaît pas pour autant un droit très certain à l'objection de conscience en stipulant qu'il suffit que « les jeunes gens [...] pour des motifs de conscience se déclarent opposés à l'usage personnel des armes ». En dépit des assurances du ministre des Armées et malgré un jugement très favorable du tribunal administratif de Paris<sup>6</sup> selon lesquels la déclaration suffit dès lors qu'elle est suffisamment nette, rien n'empêcherait le ministre, et le juge après lui, d'apprécier la véracité et la sincérité des « motifs de conscience » allégués, et d'ainsi contrarier l'intention du législateur en minimisant la portée de la loi. En pratique, l'interprétation d'une loi en elle-même insuffisante aboutit à une tolérance élastique et variable de l'objection de conscience, pourtant formellement admise.

## 2. La tolérance par la non-application de la règle

Si la non-édiction totale ou partielle de la Règle permet d'admettre (sans trop) un fait pour l'heure inéluctable et point redoutable, beaucoup plus habile et perfide est la seconde façon de procéder afin de laisser une place à la tolérance.

Il ne s'agit pas de considérer maintenant des règles non expressément abrogées, mais plus ou moins rapidement tombées en désuétude à raison d'une inadaptation originaire ou devenue évidente. Par exemple, les magistrats ici présents savent que la procédure de prise à partie imaginée à leur rencontre à la fin du siècle dernier, puis étendue aux officiers de police judiciaire, n'a jamais été utilisée, sauf erreur; et qu'il en eût été presque de même de la procédure de requête en suspicion légitime contre les magistrats instructeurs si, récemment, un Académicien soucieux d'être un peu moins méconnu que la plupart de ses confrères n'avait cru devoir la mettre en œuvre... à son bon droit<sup>7</sup>.

6. T.A. Paris, 11 juil. 1984, *Olivier Borne c. Ministre de la Défense*, R.F.D.A. 1985, p. 425, note Ph. Couzinet.

7. On faisait ici allusion au commencement des démêlés entre M. Michel Droit et la Justice. On sait que, depuis, la requête en suspicion légitime présentée par l'Académicien contre le juge d'instruction initialement saisi de l'affaire a été rejetée au fond par la Cour de cassation, qui a néanmoins dessaisi le juge à raison des nécessités d'un bon fonctionnement de la Justice.

On ne considérera pas davantage des règles dont l'application est volontairement raréfiée pour des raisons tactiques ou techniques plus que morales ou intellectuelles : ainsi des obligations, restrictions et interdictions en matière d'affichage électoral, dont les violations fréquentes n'entraînent une répression pénale que lorsque accompagnées, pour le moins, de coups et blessures.

Mais on retiendra, car très démonstratif, le cas des atteintes à la moralité publique.

### 2.1. Les bonnes mœurs

L'article 283 du Code pénal énumère longuement et minutieusement les procédés, moyens et « tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs » par lesquels on peut se rendre coupable d'« outrage » à ces dernières. Il en résulte qu'une conception extensive de la notion d'outrage et de celle de bonnes mœurs permet de pratiquement supprimer la liberté d'expression. Or, quoi de plus indéfinissable que ces notions-là ?

Dans un domaine voisin, une législation déjà ancienne (1946) confère au ministre (actuellement celui de la Culture), agissant après avis d'une commission, le pouvoir d'interdire la projection d'un film, ou de la limiter aux spectateurs de certaines tranches d'âge, sur l'ensemble du territoire national. Dans le silence de la loi quant aux motifs de l'interdiction, cette compétence peut être exercée à raison de l'immoralité du film et donc aboutit, sous couvert de celle-ci, à une restriction considérable de l'expression cinématographique malgré le contrôle que, depuis 1975, le juge administratif se reconnaît le droit d'exercer *a posteriori*<sup>8</sup>.

Comparable en substance est la compétence que le ministre de l'Intérieur détient en vertu d'une Loi du 16 juillet 1949 élargie par une Loi du 4 janvier 1967 afin de pouvoir interdire à la vente, à l'exposition du public et à la publicité « les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique ».

### 2.2. Tolérants et intolérants

Bien que la première de ces hypothèses relève de la répression par l'autorité judiciaire, et les deux dernières de la prévention par l'autorité administrative, elles se rejoignent en conférant à la puissance publique un

8. C.E., Ass., 24 janvier 1975, *Min. de l'Information c. Société Rome-Paris films*, R.D.P. 1975, p. 286, concl. Rougevin-Baville ; A.J.D.A. 1975, p. 131, obs. Franc et Boyon ; Gaz. Pal. 1975, I, doct. 350, note Mourgeon.



redoutable pouvoir qui, se situant à la limite de l'arbitraire ou de la fantaisie, présente de sérieux inconvénients.

En effet, l'autorité doit adapter l'exercice de sa compétence à l'évolution des mentalités et des mœurs jusqu'à peut-être faire de la Règle une application minimale, légère et occasionnelle, la détournant ainsi de sa finalité originaire en lui faisant perdre une grande part de son efficacité. Ce laxisme discret suscite inévitablement la riposte d'intolérants (on l'a vu en 1984 et en 1985 au sujet de l'affiche du film « Ave Maria » et du film « Je vous salue Marie », les sentiments religieux de certains en étant offensés), ou bien la véhémence protestation d'autres opinions lorsqu'on tente de le réduire, l'intermittence dans la rigueur et la sévérité déconcertant (le ministre de l'Intérieur l'a récemment constaté en voulant utiliser trop brutalement la Loi de 1949 modifiée).

On observe, par suite, que dans le domaine très « sensible » de la moralité publique, l'autorité devient l'arbitre (involontaire ?) des conflits entre tolérants et intolérants, quand son attitude, forcément hésitante ou ambiguë ne les attise pas ; et cela uniquement à raison d'une Règle dépourvue de nuance parce que ne pouvant en comporter.

Dès lors, il faut redouter que la tolérance se détruise elle-même, le toléré devenant intolérable, et qu'elle soit contrainte à une sorte de fluctuance, de mouvance puis de repli que la Règle n'endigüe pas mais entretient de par sa rigidité.

Pour que la tolérance ne soit pas ainsi prise à son propre piège en se détruisant elle-même, pour constamment lui épargner d'être « discutée », ce n'est point dans la Règle qu'elle trouvera secours, mais dans ce qui n'est pas édictable : un art de vivre ensemble, tout simplement.